

INTERPRETAÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E DO ATO INFRACIONAL — UMA ANÁLISE CRÍTICA

Amaral e Silva*

A evolução do tema da justiça da juventude no Brasil e, especialmente, no Estado de Santa Catarina pode ser comparada ao que vem ocorrendo nos países da região.

Dos vieses e equívocos da chamada “doutrina da situação irregular”, das injustiças e violências institucionais decorrentes do “paternalismo” e da “justiça tutelar” de menores surgiram movimentos em defesa dos direitos humanos de crianças e adolescentes, respaldados no texto provisório da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e reforçados pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O novo modelo, caracterizado por sua identificação com o direito ciência, principalmente com a epistemologia e a hermenêutica jurídica, na área dos jovens em conflito com a lei, vem-se notabilizando por princípios garantistas e responsabilizantes, a ponto de se começar a aceitar a existência de um verdadeiro Direito Penal Juvenil, especial, despenalizante e com novas alternativas de respostas mais eficazes do que aquelas do Direito Penal Comum.

* Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O modelo é de cidadania, ou seja, a “Lei dos Jovens”, o Estatuto da Criança e do Adolescente, garante todos os direitos fundamentais e sociais aos menores de 18 anos, mas, de outra parte, impõe aos adolescentes (12 a 18 anos) responsabilidade diante da Lei Penal ao submetê-los à tipificação de condutas, possibilitando-lhes ampla defesa e alternativas ao processo formal, por meio de um sistema próprio de justiça, no qual predominam alternativas à privação de liberdade e à remissão por intermédio de outros órgãos de controle social.

Medidas de natureza protetiva, principalmente educativas, com intervenção de assistência educativa à família são priorizadas, relegando-se as respostas punitivas aos casos de infrações graves, de ameaça ou violência à pessoa, de reiteração no cometimento de infrações penais e de descumprimento reiterado e injustificado de medidas anteriormente impostas.

A justiça da infância e da juventude age dentro dos princípios da estrita legalidade, sendo freqüentes a concessão de *habeas corpus* por excesso de prazo na formação da culpa, falta de justa causa para ação de pretensão socioeducativa e outras violações de direitos processuais.

Em todas as comarcas do Estado de Santa Catarina, há um juizado com competência para o julgamento de adolescentes, infratores da Lei Penal, em conflito com seu Estatuto.

O Judiciário Estadual, explicitamente, reconhece o caráter penal das medidas socioeducativas, o que não acontece em outros Estados. Mas o Tribunal da Federação, Superior Tribunal de Justiça, encarregado de zelar pela interpretação uniforme da lei federal, reiteradamente, prestigia o entendimento de Santa Catarina (ver o anexo).

Nas estatísticas em matéria criminal há sempre a desconfiância decorrente da chamada “cifra negra” das infrações encobertas.

Delitos contra o patrimônio, notadamente os furtos de sobrevivência, dominam as estatísticas processuais.

A execução é jurisdicionalizada, ou seja, decorre de processo sob a responsabilidade do juiz, mas é realizada pela auto-

ridade do Executivo. As medidas privativas de liberdade por autoridades estaduais e as alternativas pelos municípios e ONG's.

Em que pesem esforços de militantes de defesa dos direitos humanos, lamentavelmente ainda não se aprovou uma lei de execução. A falta de normas explícitas a respeito da matéria vem possibilitando injustiças e prejuízos aos direitos dos sentenciados, sujeitos a normas administrativas meramente regulamentares de instituições e juízos.

Segundo estatísticas, os resultados da execução são bastante positivos, sendo pequena a reincidência, principalmente nas comarcas onde foram implementados os programas e medidas previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No momento em que se discutem reformas legislativas no marco da Convenção, impõe-se algumas críticas a posições “paternalistas” que vêm no garantismo do Direito Penal prejuízos para os adolescentes em conflito com a lei.

Reiteradamente tenho-me posicionado no sentido de alertar a sociedade, principalmente os operadores do sistema de justiça, para os malefícios das interpretações equivocadas dos defensores do chamado sistema tutelar, protetivo, baseado apenas no “superior interesse do menor”.

Em que pesem exceções em vários Estados, as novas disposições, garantistas e responsabilizantes do Estatuto Brasileiro, em muitos casos, continuam a ser interpretadas com os mesmos princípios simplistas e autoritários da antiga postura, própria do ab-rogado Código de Menores.

A “proteção”, o “superior interesse”, o “bem-estar da criança e do adolescente”, a “reeducação” e a “ressocialização” justificam tudo.

As medidas socioeducativas, de índole nitidamente retributiva e penalizante, são impostas sob a falácia do caráter “pedagógico”, “tutelar”, “protetor”, muitas vezes desnecessariamente.

Em que pesem as garantias constitucionais e legais, arbitrariedades continuam justificadas por eufemismos, como acon-

tece, por exemplo, com a “internação” e, principalmente, com a “liberdade assistida”, apresentadas como intervenções meramente educativas como se as palavras pudessem alterar a substância das coisas.

Internação, liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade são exibidas como benefícios, institutos bons para o adolescente.

Fala-se de um sistema “reeducativo” ideal que não existe.

Esquecidos da triste realidade das verdadeiras “prisões de meninos pobres”, apaixonados, “novos menoristas” exorcizam propostas garantistas, jurídicas, que, restringindo a discricionariedade, apenas propõem limites ao arbítrio, acoimando-as de retrocesso e compromisso com propostas de “lei e ordem”, como se o sistema, em relação aos infratores, fosse, mesmo, educativo de qualidade.

Esquecem-se integrantes do sistema administrativo e judicial da vergonha dos “internatos”, verdadeiras prisões, geralmente piores do que as dos adultos.

Programas de “liberdade assistida”, “prestação de serviços à comunidade”, geralmente, não passam de improvisações.

Não há efetivo controle jurisdicional de resultados, muito menos de integração ou de assistência educativa à família.

“Relatórios”, “diagnósticos” justificadores de puro assistencialismo e inadequadas intervenções continuam existindo.

A chamada “proposta pedagógica” persiste como pano de fundo da arbitrariedade.

Justificando sistemas pesados, caros, produtores e reprodutores de violência e criminalidade, salvo raríssimas exceções, a chamada “proposta pedagógica” continua reproduzindo o sistema penitenciário.

Reeducação e ressocialização não passam de mitos convenientes.

“Proposta pedagógica”: Falácia que ninguém definiu, regulamentou.

Salvo exceções, sentenças, acórdãos, pareceres, defesas, recursos, relatórios, estudos de caso, diagnósticos refletem os vieses do sistema “protetor”, no qual os adolescentes, ditos infratores, são “protegidos”, “reeducados” e “ressocializados”.

Se o sistema é protetor; se todos os atores processuais e administrativos buscam “o melhor interesse” do adolescente; se as medidas socioeducativas são um bem para o adolescente; se ao impor uma medida socioeducativa está-se realizando um dever relativamente ao direito à educação; não há necessidade de grandes e profundas justificativas. Basta aludir ao “superior interesse” do menino que precisa ser educado. Educação por meio dos benefícios da liberdade assistida, da prestação de serviços à comunidade, da internação, é óbvio.

Sob tal falácia acabam os “protegidos” sujeitos a verdadeiras penas indeterminadas, impostas subjetivamente sem garantias objetivas, como, por exemplo, os critérios de legalidade e proporcionalidade.

Enquanto o sistema for reservado aos “infratores”, tenham eles o nome que tiverem, não será “protetor” dos adolescentes, será, como tem sido, e necessariamente tem de ser, um sistema retributivo e de proteção da sociedade. Jamais dos adolescentes!

Adolescentes são protegidos por meio de políticas básicas, principalmente da política de educação nos estabelecimentos da rede comum de ensino.

O direito à educação e o correspondente dever são exercidos dentro da normalidade.

Se o Estado tem de *impor*, agindo coercitivamente, as medidas que tomar, atingindo direitos fundamentais da pessoa humana, tem de ater-se ao princípio da legalidade. Vale dizer, da excepcionalidade devidamente justificada.

Os que necessitarem apenas proteção, educação e não respostas preventivas e repressivas, que sejam encaminhados ao sistema educacional comum.

Seria iníquo submeter, sem necessidade, qualquer pessoa a um sistema educacional especial, reservado a infratores.

No momento em que se cria um sistema “educacional” paralelo de intervenção estatal coativa, com restrições, inclusive privação de liberdade, o sistema deixa de ser simplesmente educativo, protetor, para ser, também, limitador de direitos fundamentais, numa palavra, *repressivo*.

Lamentavelmente a chamada “doutrina da situação irregular”, preocupada com “denominações” e “estigmas”, persiste viva naqueles em que teimam em ver nas medidas socioeducativas tão-somente o caráter pedagógico, esquecidos que, substancialmente, sendo respostas a condutas reprovadas, têm caráter retributivo, interferindo na liberdade, na autodeterminação e, até, na intimidade das pessoas.

O atual jogo de palavras, procurando suavizar institutos de Direito Penal com a simples alteração de nomes, possibilita injustiças em relação aos adolescentes. A postura provoca preconceitos e severidade.

Repiso: não é mais possível conviver com mitos, eufemismos e falácias.

É preciso identificar corretamente, separando institutos de proteção da criança e do adolescente dos institutos de proteção da sociedade.

É preciso assumir a postura técnico-científica, abandonando o paternalismo inconseqüente e a repressão disfarçada.

Só assim os operadores administrativos e judiciais estarão desempenhando o verdadeiro papel de realizar justiça, que é o que se espera de um sistema judiciário e administrativo.

Estamos no campo do Direito. A análise não é feita a partir da ótica do pedagogo, do psicólogo ou do assistente social. A visão é jurídica.

Não tenho a menor dúvida: juridicamente consideradas, as medidas socioeducativas são retributivas, pedagógicas e, inclusive, *repressivas*.

São retributivas porque constituem resposta à prática de um ato infracional, portanto legalmente reprovável.

Só o autor do ato infracional (eufemismo que corresponde a crime ou contravenção penal – ECA, art. 103), pode ser *submetido* (apenado) à uma medida socioeducativa.

Não se olvide: as medidas são impostas coercitivamente.

Não se diga que a possibilidade da remissão, da não imposição de qualquer medida ou a faculdade que tem o juiz de aplicar medidas de proteção retiram o caráter retributivo das medidas socioeducativas, porquanto essas providências despenalizantes nada têm com a natureza da medida. Existem, inclusive, no Direito Penal Comum: a suspensão condicional do processo, da pena, o perdão judicial etc.

Admitir o caráter repressivo, *penal especial* (diferente do penal comum dos adultos), insisto, é útil aos direitos humanos de vítimas e vitimizadores.

É necessário superar o viés da “proteção”: ciente o aplicador da medida que, além de imposta, é repressiva, redobrar-se-á em cautelas para não impô-la sem os critérios da fundamentação da despenalização, da excepcionalidade, da legalidade, da brevidade, da proporcionalidade e da resposta justa e adequada.

Despenalização concretizada pela remissão pura e simples.

Proporcionalidade para impedir a imposição de medida severa por fato irrelevante.

Como as penas criminais, as medidas socioeducativas são restritivas de direitos (advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida) e privativas de liberdade (semiliberdade e internação).

Enquanto as penas criminais são determinadas e subordinadas a critérios objetivos e limitativos (os adultos gozam da suspensão condicional do processo e da substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos), os adolescentes continuam submetidos a medidas indeterminadas e sem critérios prévios, claros e objetivos, capazes de conter o possível arbítrio do Estado.

Carecem adolescentes de mais garantias, explícitas e objetivas, capazes de proporcionar a justa individualização da medida.

A prevalência dos princípios enviesados da antiga “doutrina”, segundo a qual as medidas do chamado “Direito do Menor” sempre visam ao melhor interesse dos adolescentes, tem propiciado a imposição de respostas mais severas do que em iguais circunstâncias seriam impostas aos adultos pelo Direito Penal Comum.

Uma correta visão das medidas socioeducativas, ciente o aplicador do seu caráter predominantemente pedagógico, mas repressivo, nitidamente penal, favorecerá os adolescentes, porque a imposição ou o ajuste (remissão) passará a ser restritivo, submetido ao princípio da estrita legalidade.

Favorecerá a sociedade e os adolescentes, reforçando o compromisso com a cidadania, com o reconhecimento da dignidade de ser sujeito de direitos e obrigações.

ANEXOS

Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Recurso Especial n. 598.476-RS (2003/0181960-6)

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Aplicação de medida socioeducativa. Competência exclusiva do juiz. Extinção da punibilidade do ato infracional. Prescrição. 1. A competência para aplicação da medida socioeducativa, por expressa determinação legal — art. 112 c/c o art. 146 da Lei n. 8.069/90 — é da competência exclusiva do Juiz. Precedentes. 2. Aplica-se o instituto da prescrição aos atos infracionais praticados por menores, uma vez que as medidas socioeducativas, a par de sua natureza preventiva e reeducativa, possuem também caráter retributivo e repressivo. 3. Declaração, de ofício, da extinção da punibilidade do ato infracional imputado ao Recorrente, julgando prejudicado o recurso especial.

Recurso Especial n. 241.477/SP (1999/0112703-3)**Relator: Ministro Felix Fischer**

Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso especial. Remissão e medida socioeducativa. Cumulação. Prescrição. I — A remissão concedida pelo *Parquet* pode vir a ser acompanhada de medida socioeducativa aplicada pelo juiz, observado o disposto no art. 127 do ECA. II — As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, *a fortiori*, tratando-se de menores, é de ser aplicado o instituto da prescrição. Recurso prejudicado.

Recurso Especial n. 171.080/MS (1998/0025740-3)**Relator: Ministro Hamilton Carvalhido**

Recurso especial. Estatuto da Criança e do Adolescente. Prescrição. Conhecimento e provimento. 1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. 2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade. 3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há porque aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores. 4. Recurso conhecido e provido para, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva, declarar extinta a punibilidade do ato infracional.